Der Verzicht auf die Kompensationsbefugnis.

Dissertation

zur

Erlangung der juristischen Doktorwürde

der

Königl. Bayrischen Friedrich-Alexander-Universität zu Erlangen

vorgelegt von

Franz Fiegen

Gerichtsreferendar.

BONN 1896.

Buch- und Steindruckerei Jos. Bach Wwe.

Meinem lieben Vater

und dem Andenken meiner sel. Mutter!

Unter den Erlöschungsgründen der Obligationen wird im heutigen gemeinen Recht regelmässig die Kompensation aufgeführt. Als solcher trat sie im römischen Recht erst hervor, als die bona fides die Normen des ius strictum mildernd das römische Rechtsleben in neue Bahnen lenkte. Während die Kompensation jedoch in den bonae fidei iudiciis anfänglich allgemein nicht anerkannt wurde, wuchs mit der Zeit ihre Bedeutung so sehr, dass sie zuletzt auch in stricti iuris actionibus zugelassen wurde.

Was ist Kompensationsbefugnis? Diese Frage erheischt zunächst Beantwortung, wenn über den Verzicht auf die Kompensationsbefugnis eine richtige Abhandlung gegeben werden soll.

Compensatio, heisst es in l. 1 D. de compensationibus XVI, 3, est crediti et debiti inter se contributio; Kompensation ist Aufrechnung von Forderung und Gegenforderung, oder wie Windscheid[1]) § 348 etwas ausführlicher definiert: Kompensation ist die Aufhebung eines Forderungsrechtes durch ein anderes Forderungsrecht, welches dem Schuldner seinerseits gegen den Gläubiger zusteht.

Ueber die Art und Weise, wie diese Aufrechnung oder Aufhebung zu denken ist, wird seit der Glossatorenzeit viel gestritten.

---

[1]) Windscheid, Pandekten.

Drei Möglichkeiten lassen sich aufstellen. Es könnte die Kompensation geschehen 1. in der Weise, dass Forderung und Gegenforderung sich von selbst durch ihr Gegenübertreten aufheben.

2. dadurch, dass durch das positive Recht normiert wird, es solle der Schuldner durch einseitige Willenserklärung Kompensation vornehmen können,

3. indem die Gegenforderung einredeweise geltend gemacht wird.

Bei letzterem Falle ist dann weiter zu unterscheiden, ob kompensiert wird durch das Erheben der Einrede oder durch die auf Grund des Vorbringens erfolgende Handlung des Richters.

Alle genannten Methoden haben Vertreter gefunden.

Veranlasst durch die sich mehrere Male in den Quellen findenden Worte „ipso iure compensatur" teilten sich die Auffassungen der Kompensation in zwei Hauptgruppen.

Die eine, welche in Martinus Gosia [1]) ihren Begründer fand, liess ipso iure die gleiche Bedeutung wie sine facto hominis haben. Sie vertrat die Behauptung, Forderung und Gegenforderung höben sich im Augenblicke ihres Gegenübertretens ohne irgend welche menschliche Thätigkeit von selbst auf.

Diese Theorie finden wir im preussischen Land-

---

[1]) Der Erste, welcher in dem „ipso iure" ein „von selbst" sah, war allerdings nicht Martinus sondern Theophilus, der in der Paraphrase zu § 30 J. de act. den Satz aufstellt, dass die Kompensation darin bestehe, dass von selbst die eingeklagte Forderung um die Gegenforderung verringert werde. Ταῦτα μὲν οὖν — — οἷον ἔχειτις κατ' ἐμοῦ ἀγωγήν ἢ strictam ἢ καὶ bonae fidei περί ἐνομισμάτων ἀντεποφείλει δέ μοι γ'νομισμάτα αὐτῷ τῷ νόμῳ ἅμα τῷ ἀντεποφειληθῆναι ἡ κατ' ἐμοῦ ἀγωγὴ μειοῦται τρίσιν νομίσμασιν — —

recht vertreten, wo es in § 301, 1. Teil, 16. Tit. 6. Abschn. heisst: „Sobald die Forderung, durch welche die Kompensation gesetzmässig begründet wird, entstanden ist, wird auch die Schuld, soweit die Kompensation reicht, für erloschen erachtet".

Die andere Theorie, welche von Azo zur Bekämpfung der erstgenannten aufgestellt wurde, forderte dagegen zur Kompensation menschliche Thätigkeit. In welcher Weise, lesen wir in der Summa Azonis de compensationibus § 13:

„Et dixerunt quidam eam fieri ipso iure, ut et iam facto hominis non sit opus et dicunt ius ipsum compensat. Sed ego puto eam ipso iure tunc fieri, cum a partibus est opposita". Azo lässt sie also dann eintreten — und zwar von selbst —, wenn sie dem Kläger seitens des Beklagten entgegengehalten wird; ein solches Entgegenhalten geschieht einredeweise.

Während sich aus der Theorie des Martinus wohl kaum der Begriff einer Kompensationsbefugnis herauskonstruieren lässt, ist Kompensationsbefugnis im Sinne des Azo das Einrederecht, mittels dessen Aufrechnung bewirkt wird.

Es fragt sich nun: Ist eine der beiden Theorien richtig?

Es ist im Laufe der Zeit hierüber viel gestritten worden, und weder dem Martinus noch dem Azo hat hat es an Anhängern gefehlt. Während ersterer in Cuiacius[1]) und Noodt[2]) Vertreter seiner Lehre fand, trat Donellus[3]) gegen ihn auf, hatte aber mit seinem Widerspruch wenig Erfolg.

[1]) Ad tit. 31 quarti libri Cod. de Comp. provem cf. ob. 8, 16.
[2]) ad libr. 16, 2 Dig. S. 283.
[3]) Comment. ad libr. 4, 32 Cod ad leg., siconstat.

Glück[1]) stellt in seinem Pandektenkommentar beide Lehren neben einander, ohne, wie es scheint, sich für die eine oder andere zu entscheiden.

Ein Umschwung zu Gunsten Azo's vollzog sich in diesem Jahrhundert. Man gelangte mehr und mehr zu der Ansicht, dass es sehr gewagt sei, entgegen deutlichen Quellenzeugnissen ein Sich selbst tilgen der Forderungen anzunehmen. Puchta[2]) war der erste, der in engem Anschluss an Azo zur Aufhebung von Forderung und Gegenforderung einen menschlichen Akt fordert, nämlich Uebereinkunft bei der freiwilligen, einseitige Geltendmachung durch Einrede gegen den klagenden Gläubiger bei der richterlichen Kompensation. Ihm folgten im wesentlichen Dernburg[3]), Eisele[4]), Windscheid[5]) u. a., so dass die neuere deutsche Rechtswissenschaft wohl hauptsächlich auf dem Standpunkte Azo's steht. Jeder versucht aber auf eigene Art und Weise sich über die Bedeutung des „ipso iure compensatur" Klarheit zu verschaffen. So sehen die einen in ihm lediglich eine prozessuale Bedeutung, indem ipso iure compensatur heissen solle, die Gegenforderung brauche seitens des Beklagten nicht vor der litis contestatio bereits vorgebracht, sondern könne in jedem Stadium des Prozesses geltend gemacht werden. Dies ist die Ansicht von Wieding[6]) S. 221, Schwanert[7]) S. 29, Bekker[8]) Akt. II 356; ipso iure soll mithin heissen:

[1]) Pandekten XV § 931.
[2]) Puchta, Pandekten § 290.
[3]) Dernburg, „Die Kompensation".
[4]) Eisele, „Die Kompensation".
[5]) Windscheid, Pandekten § 348 ff.
[6]) Wieding, Libellprozess.
[7]) Die Kompensation nach römischem Recht, S. 29.
[8]) Becker, Aktionen II 356.

nach dem Willen des Civilrechtes, d. h. ohne exceptio in der Formel und seit dem Untergange der formula ohne Anführung vor der litis contestatio.

Andere sagen, ipso jure bedeute, dass durch das Vorbringen allein sich Forderung und Gegenforderung aufhöben. Diese Ansicht charakterisiert am besten Brinz.[1]) Dernburg's Erklärung des ipso jure führt zu dem Resultat, dass der Schuldner, dem eine Kompensationseinrede zur Seite stehe, von dem Augenblicke, wo die objektive Voraussetzung der Einrede gegeben ist, frei sei. Es gehört nicht in den Rahmen dieser Arbeit, eine genaue Gegenüberstellung und Prüfung der diesbezüglichen Streitfragen vorzunehmen. Für vorliegende Abhandlung genügt es, dass im gemeinen Recht die Geltendmachung der Kompensation durch Einrede anerkannt wird. Suchen wir jedoch nach einem Argument dafür, dass dieses Einrederecht die Kompensationsbefugnis bildet, so bieten uns ein solches die Quellen am klarsten. Wenn auch in denselben nicht ein besonders reichhaltiges Material über Kompensation vorhanden so ist dasselbe doch hinreichend, um die richtige Ansicht der Quellen über Kompensationsbefugnis erkennen zu lassen.

1) In l. 9 D. de comp. 16,3 lesen wir: In compensationem etiam id deducitur, quo nomine cum actore lis contestata est, ne diligentior quisque deterioris condicionis habeatur, si compensatio ei denegetur.

2) l. 19 D. h. t. Debitor pecuniam publicam servo publico citra voluntatem eorum solvit, quibus debitum recte solvi potuit: obligatio pristina manebit, sed dabitur ei compensatio peculii fini, quod servus publicus habebit.

[1]) Brinz, Pandekten II § 287.

3) l. 22 h. t. Si debeas decem aut hominem, utrum adversarius volet, ita compensatio hujus debiti admittitur, si adversarius palam dixisset, utrum voluisset.

Spricht nicht unzweifelhaft ein dari, denegari, admitti compensationem für die Thätigkeit des Richters, der Compensation giebt oder verweigert!

Dass nun aber der Richter nicht ohne weiteres kompensiert, sondern dass er hierbei von dem Willen der Parteien abhängig ist, dass es mit andern Worten eine Kompensationsbefugnis giebt, lehren andere Stellen desselben Titels:

1) l. 2 D. h. t. Unus quisque creditorem suum eundem debitorem petentem summovet, si paratus est compensare.

2) l. 5 D. h. t. Si quid a fideiussore petetur aequissimum est eligere fideiussorem, quod ipsi an quod reo debetur, compensare malit sed et si utrumque compensare velit, audiendus est.

3) l. 10 D. h. t. Si quis igitur compensare potens, solverit, condicere potest quasi indebiti soluto.

Zeigen nun diese Stellen deutlich, dass nach Justinianischem Recht Kompensation sich durch Miteinanderwirken von Richter und Parteien vollzieht, so erhebt sich die Frage nach der Art dieses Zusammenwirkens. Offenbar ist in den genannten Stellen an den Fall des Prozesses gedacht. Dies zugegeben, wird es klar, wie der Vorgang der Kompensation sich abspielt. Der Beklagte hält der Klage die Einrede der Kompensation entgegen. Der Richter prüft die Einrede und kompensiert oder nicht. Ein Recht aus Kompensation kommt erst durch den Richter zustande, indem er den Kläger ganz oder teilweise abweist.

Recht auf die Kompensation aber ist das Einrederecht des Beklagten und dieses ist wohl Kompensationsbefugnis zu nennen.

Kompensationsbefugnis das Recht auf die Einrede zu nennen, welche dem trotz vertraglicher Kompensation Klagenden entgegen gehalten werden kann, dürfte mindestens gewagt erscheinen, da eine solche doch wohl exceptio pacti genannt werden müsste. Eisele nennt allerdings (l. c. S. 247) die Einrede aus der durch Vertrag zustande gekommenen Kompensation exceptio compensationis und folgert aus § 1 und 4 l. 19 D. de probationibus et praesumptionibus XXII 3 im Verein mit § 3 eodem, dass es in dem obigen Sinne eine exceptio gegeben habe, durch welche eine vollzogene Kompensation geltend gemacht wurde. Richtiger erscheint dem gegenüber Dernburg's Ansicht (S. 580 l. c.), die bei dieser Einrede den Fall einer vorhergegangenen richterlichen Kompensation annimmt; denn der ganze Wortlaut der l. 19 lässt auf eine Einrede aus einem voraufgegangenen Urteil schliessen; dieselbe aber Kompensationseinrede zu nennen, erscheint auch in diesem Falle nicht richtig.

Noch eine andere Möglichkeit giebt es, die Kompensatiosbefugnis begrifflich zu konstruiren. Man könnte so auch das Recht nennen, auf Kompensation zu klagen.

Dass eine solche Klage zulässig sei, wurde früher von Windscheid bestritten, jetzt aber giebt er es § 349 n. 5 l. c. mit Eisele S. 362 l. c. zu.[1])

---

[1]) Auch nach dem Rechte der deutschen Civilprozessordnung ist eine solche Klage zulässig.

Eine actio cum compensatione hatte der argentarius und zwar nach Dernburg S. 33 als Sonderrecht; Eisele S. 27 bestreitet dies.

Dernburg S. 548 lässt es ein Erfordernis der Billigkeit sein, dass der Gläubiger berechtigt sein solle, statt auf Effektivzahlung auf Befriedigung durch Aufrechnung zu klagen.

Ob dies gerade durch die Billigkeit gefordert ist, mag dahingestellt sein. Ubbelohde S. 235 ff.[1]) verneint es. Jedenfalls ist hier von der Geltendmachung einer Kompensationsbefugnis zu sprechen nicht richtig; denn der Kläger verlangt nur Feststellung seiner Forderung zum Zwecke der Ausgleichung einer von ihm anerkannten Gegenforderung, und es kommt, ist seine Forderung erwiesen, nur mehr darauf an, ob nach dem materiellen Recht ein Ausgleich statthaft erscheint.

So bleibt denn für den Begriff der Kompensationsbefugnis lediglich prozessuale Bedeutung übrig.[2])

Ganz anders ist der Standpunkt, den die Motive zum Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches für das deutsche Reich Bd. II S. 107 einnehmen.[2]) Auch sie lassen zwar den Willen der Beteiligten bestimmend sein, nehmen aber eine Sonderstellung zum gemeinen Recht — mag man sich mit Windscheid für eine gegenseitige Affektion der Forderungsrechte oder nach Eisele (l. c. § 18) für ein von einander völlig unabhängiges Dasein derselben entscheiden — mit der Annahme ein, es sei prozessuale Geltendmachung im Wege der Einrede nicht erforderlich, sondern es genüge die einseitige auch aussergerichtliche Willenserklärung des Aufrechnenden, um die Aufrechnung mit ihren Wirkungen in's Leben zu rufen; diese Wirkungen sollen, das Vorhandensein der Requisite vorausgesetzt, mit seiner Erklärung und durch seine Erklärung eintreten.

[1]) Ubbelohde: „Ipso iure compensatur."

[2]) cf. Jherings Jahrbücher Band ?2 Seite 217.

Der Richter habe im Streitfalle nur zu prüfen, ob die rechtlichen Voraussetzungen der Kompensation vorliegen, sein Urteil sei nicht mehr rechtsbegründend sondern lediglich deklaratorisch. Wer kompensiere, mache nur von dem Recht der Kompensation Gebrauch und bringe hierdurch die beiderseitigen Forderungen ipso iure zum Erlöschen.

Diese Auffassung finden wir bereits bei Bethmann-Hollweg im Rhein. Museum I 4. Heft S. 268 erwähnt, es wird aber dort der Theorie der Vorzug gegeben, dass die Forderungen per exceptionem aufgehoben werden.

Nach dem neuen bürgerlichen Gesetzbuch[1]) ist Kompensationsbefugnis also das Recht, selbst Kompensation vorzunehmen, nach gemeinem Recht ist sie Einrederecht.

Wie aber lässt sich nun für letzteres das „ipso iure compensatur" erklären?

Die Erklärungsweise, welche sich mit dem Begriff der Kompensation als Einrederecht am besten verträgt, finden wir bei Lenel.[2])

Derselbe weist nach:

1) dass ipso iure compensatur kein Rechtssprüchwort sein kann,

2) dass und wie Paulus in l. 4 D. h. t. und Alexander in c. 4 C. 4,31 das ipso iure in anderm Sinne verstanden haben wie Justinian in c. 14 C. 4,31 und in § 30 J. 4, 6,

3) dass dies der Grund ist, weshalb der praktisch so gänzlich bedeutungslose Streit in der Theorie kein Ende finde.

---

[1]) cf. § 387 Schulden zwei Personen etc. und § 388 die Aufrechnung erfolgt durch Erklärung gegenüber dem andern Teile.

[2]) Lenel, Ursprung und Wirkung der Exceptionen.

In lex 21 D. h. t. sagt Paulus:

„Posteaquam placuit inter omnes id, quod invicem debetur, ipso iure compensari, si procurator absentis conveniatur, non debebit de rato cavere quia nihil compensat sed ab initio minus ab eo petitur.“

Vorher musste also der procurator absentis Kaution leisten, als noch er kompensierte d. h. als noch Kompensation nur durch Rechtsgeschäft der Parteien die einzige Möglichkeit war, jetzt posteaquam placuit ipso iure compensari, braucht er es nicht mehr, quia nihil compensat. Dieses heisst doch nichts anderes als, nunmehr tritt die Kompensation kraft Rechtens ein.

Wenn es in l. 4 D. h. t. heisst, dass der Bürge ipso iure minus ex omni contractu debere, so scheint hier doch wohl der Gegensatz zu ipso iure weder in per exceptionen noch in facto hominis zu liegen, sondern es bedeutet das ipso iure, dass der Bürge ohne weiteres also ohne besondere Einwilligung des Schuldners die Kompensationsbefugnis benutzen kann. Was die l. 10 pr. D. h. t. betrifft, „Si ambo socii parem negligentiam etc.“, so scheint die Ansicht Windscheid's dem Geist des ganzen Titels am entsprechendsten, welcher hier in ipso iure den Gegensatz zu facto hominis findet. Er erklärt die Stelle, indem er die Kompensationskraft einem Gewicht vergleicht und dieses Gewicht als ebenso aufwägend bezeichnet, wie die Handlung des Menschen, welcher das Gewicht auflegt.

Nun braucht Justinian noch in c. 14 pr. ht. und § 30 J. de. act. das ipso iure. Lenel l. c. erklärt diese Worte dahin, dass Justinian nicht mehr die alte exceptio als alleiniges Mittel der Kompensation zugelassen wissen will, sondern die Kompensation vom Richter vorgenommen werden lässt, ohne dass es einer

exceptio bedürfe. Diesesist im wesentlichen auch die Ansicht Ubbelohde's § 23, und Wieding's, s. Libellprozess S. 221, während Dernburg S. 100 ff. anderer Ansicht ist.

Wenden wir uns nunmehr dem Verzicht auf die Kompensationsbefugnis zu, so erhebt sich zunächst die Frage nach der Möglichkeit des Verzichtes.

In den Quelien finden wir nichts über denselben; dieselben konnten auch darüber schweigen, da die rechtliche Möglichkeit desselben mit dem Vorhandensein der Kompensationsbefugnis gegeben war, und da ferner seine Wirkungen sich nach denjenigen der Kompensationsbefugnis richten.

Anerkannt wurde der Verzicht in allen Gesetzbüchern, sogar das französische Recht lässt ihn zu, was um so mehr zu verwundern ist, als art. 1290 C. c. lautet: La compensation s'opère de plein droit par la seule force de la loi, même à l'insu des débiteurs; les deux dettes s'éteignent réciproquement à l'instant où elles se trouvent exister à la foiis ius'quà concurrence de leurs quotités respectives.[1])

Wenn nun das französische Recht Verzicht in der Weise zulässt, dass man vorher auf ein zu erwerbendes Kompensationsrecht verzichtet, so kann man dies noch nicht inkonsequent nennen.

Diese Art Verzicht bestreitet aber Toulliers „Droit civil français" tom. 7 n. 393:

Quoique la compensation se fasse de plein droit et par la seule force de la loi le débiteur peut re noncer à l'avantage qu'elle lui procure; mais il ne peut y renoncer d'avance et avant que le droit en soit acquis.

---

1) cf. Crome, die Grund-Lehren des französischen Obligationsrechts.

2) Toulliers, Droit civil français.

Eine solche Behauptung ist inkonsequent; sie bedeutet nichts anderes, als dass einmal untergegangene Forderungen wieder ins Leben gerufen werden könnten. Toulliers fand jedoch auch allgemein Widerspruch gegen diese Ansicht.[1])

Fragen wir nun: Wer kann verzichten? Verzichten kann derjenige, welcher die Kompensationsbefugnis hat. Dies sind die Parteien und an zweiter Stelle der Bürge: denn es heisst in l. 4 D. h. t.: „Verum est, quod et Neratio placebat et Pomponius ait, ipso iure eo minus fideiussorem ex omniu contractu debere, quoad ex compensatione retinere potest: sicut enim, cum totum peto, a reo male peto, ita et fideiussor non tenetur ipso iure in maiorem quantitatem quam reus condemnari potest.“ Der Bürge ist mithin berechtigt zu kompensieren. Hat er hiezu das Recht, so kann er natürlich auch verzichten und da er nach l. 5 D. h. t. sowohl eine ihm selbst als dem Schuldner zustehende Gegenforderung und sogar beide zusammen geltend machen kann, so kann er auch auf diese Geltendmachung verzichten.

Ferner kann der Gesellschafter verzichten auf Kompensationsbefugnis; denn schuldet er mit einem Socius in solidum, so kann er die Forderungen, welche jenem in seiner Eigenschaft als socius gegen den gemeinsamen Gläubiger zustehen, letzterem gegenüber kompensieren cf. l. 10 D. de duobus reis (45,2): „Si duo rei promittendi socii non sint, no proderit alteri quod stipulator alteri reo pecuniam debet.“

Verzichten kann auch der debitor cessus, da er ja Kompensationsbefugnis mit Forderungen an den Cendenten dem Cessionar gegenüber hat.

---

[1]) cf. Laurent n. 476 Principes t. 18 und E. d. R. in Civilsachen Band 12 S. 825 und Band XVI S. 372 ff.

Ist auch testamentarischer Verzicht möglich?

Wie ausgeführt, ist Kompensationsbefugnis Einrederecht. Ein testamentarischer Verzicht auf Einrederecht findet sich zwar in den Quellen nicht cf. Lenel, Exceptionen § 17. Warum sollte aber nicht ein legatum debiti in dem Sinne errichtet werden können, dass dem Erben auferlegt wird, bar zu zahlen ohne zu compensieren?

Der Testator, der eine kompensable Gegenforderung hatte, konnte zu Lebzeiten verzichten; sollte nach dem Tode ein solcher Verzicht seine Wirkung einbüssen?

So gut der Erblasser dem Erben die Forderung ganz nehmen kann durch legatum liberationis, so gut kann er auch die Kompensationsbefugnis ihm nehmen.

Ein unter Lebenden erklärter Verzicht auf civile Einreden z. B. der Zahlung, Acceptilation, Novation, des Wahnsinns, oder des infantia des Promittenten ist ohne rechtliche Erheblichkeit, da, wie Lenel sagt, eine in perpetuum sublata obligatio restitui non potest — das französische Recht könnte deshalb, ohne inkonsequent zu sein, einen Verzicht nach dem Gegenübertreten der kompensablen Forderung nicht zulassen. —

Dass aber auf Exceptionen regelmässig verzichtet werden kann, lässt sich aus den Quellen hinlänglich beweisen. Ein hauptsächliches Argument dafür sieht Lenel l. c. S. 132 in der unbestrittenen Widerruflichkeit des pactum de non petendo.

In l. 27 § 2 D. de pactis 2, 14 heisst es: „Pactus ne peteret, postea convenit ut peteret, prius pactum per posterius elidetur non quidem ipso iure sicut tollitur stipulatio per stipulationem, si hoc actum est, quia in stipulationibus ius continetur, in pactis factum versatur et ideo replicatione exceptio elidetur".

Mit Recht kann Lenel weiter folgern, es sei unbegründet, die exceptio pacti eher dem Verzichte unterworfen sein zu lassen, wie etwa die exceptio doli, metus etc.; denn es heisst in c. 4 C. 4, 19: „Si per vim vel metum mortis aut cruciatus corporis venditio vobis extorta est et non postea consensu corroborastis — — quadrupli condemnationem referetis".

Die Grenze für den Verzicht auf Einreden dürfte nur in dem Satze zu finden sein „in perpetuum sublata obligatio restitui non potest" und darin, dass unverzichtbar alle diejenigen Exceptionen sind, deren Verzichtbarkeit einem öffentlichen Interesse entgegen wäre. Beides ist aber bei der Kompensationseinrede ausgeschlossen, daher ein Verzicht auf dieselbe rechtlich von Bedeutung. Fragen wir nun, wie verzichtet werden könne, so erscheint eine dreifache Möglichkeit gegeben. Verzicht auf Einreden überhaupt, also auch auf die Einrede der Kompensation kann gefunden werden:

1) in der blossen Unterlassung der Exceptionsvorschützung im Prozesse,

2) in einer bei oder nach Abschluss des Vertrages erklärten Verzichtleistung auf Einreden, welche der künftigen Vertragsklage entgegen gehalten werden könnten,

3) in konkludenten Handlungen.

Was den ersten Fall anbetrifft, so ist nicht stets in der Unterlassung des Vorbringens der Einrede im Prozesse ein Verzicht auf dieselbe zu finden, sondern nur dann, wenn die berechtigte Partei absichtlich die Einrede unterliess d. h. dieselbe nicht vorbrachte in unserem Falle trotz der Kenntnis der Gegenforderung.

Dieser Grundsatz findet auch heute noch Anerkennung, wenn § 491 Abs. 2 C. P. O. sagt:

„Neue Ansprüche dürfen abgesehen von den Fällen des § 240 Abs. 2 und 3 nur erhoben werden, wenn mit denselben kompensiert werden soll und wenn zugleich glaubhaft gemacht wird, dass die Partei ohne ihr Verschulden ausser Stande gewesen ist, dieselbe in erster Instanz geltend zu machen".

Bezüglich der zweiten Möglichkeit des Verzichtes dürfte es unzweifelhaft erscheinen, dass die Parteien verzichten können, wann und wie sie wollen; jedoch ist dieses Recht von verschiedenen Seiten bestritten worden.

Toulliers weist, wie erwähnt die Möglichkeit eines Verzichtes zurück, welcher im Voraus erklärt werde. Allerdings steht er mit dieser Ansicht allein da.

Crome[1]) S. 340 nennt es nach französischem Recht unzulässig, durch Vereinbarung im Voraus den Eintritt der gesetzlichen Kompensation als Tilgungsmittel hinsichtlich noch nicht bestimmter Forderung auszuschliessen. Den Grund und Boden entzieht er aber seiner These wieder, wenn er erklärt, dass Zweck des art. 1290 C. c. Minderung der Prozesse war, und wenn er trotzdem Verzicht auf bestimmte noch entstehende Forderungen zulässt. Wodurch sollte sich denn eine solche Beschränkung der Vertragsfreiheit rechtfertigen!

Dernburg erklärt allgemein, es sei der Verzicht auf die Kompensationseinrede sowohl dann gültig, wenn auf ein bereits erworbenes als wenn auf ein künftig erst erwachsenes Kompensationsrecht verzichtet werde.

Beide Arten giebt auch Krug[2]) § 82 zu, aber er sieht in dem Verzicht auf ein schon erworbenes Kompensationsrecht nur einen Verzicht auf das Recht zu behaupten, dass eine gewisse Forderung des Gegners durch

[1]) Die Grundlehren des französischen Obligationenrechtes.
[2]) Krug, Die Kompensation.

eine bestimmte Gegenforderung von seiner Seite aufgehoben sei; es soll ihm nicht dadurch das Recht genommen sein, künftig gleichwohl der Klage aus der Hauptforderung die Einrede der Gegenforderung entgegenzuhalten, oder, wie Krug sagt, „er behalte das Recht auf compensatio expressa, infolgedessen sei er trotz des Verzichtes nicht zur Baarzahlung verpflichtet, und nur die Zinsen liefen bis zur Vorschützung der exceptio compensationis. Die volle Wirkung soll dagegen der Verzicht auf ein künftig erst erwachsendes Kompensationsrecht haben; ein solcher schliesst nach Krug sowohl das Recht auf compensatio tacita wie expressa aus.

Krug's Standpunkt findet seine Verurteilung darin, dass nach gemeinem Recht sich Forderung und Gegenforderung nicht ipso iure tilgen.

Fuhr[1]) verwirft denselben als unbegründet und viel zu künstlich. Und in der That lässt sich auch wohl kein Grund finden, weshalb nicht billig ein Verzicht durch Vertrag vollwirksam sowohl auf ein bestehendes als auf ein künftig erwachsendes Kompensationsrecht möglich sei. Es können die Parteien allerdings verabreden, es solle nur auf compensatio tacita verzichtet werden, aber im Zweifel muss doch wohl bei dem Verzichte auf die Kompensationseinrede der Verzicht auf das Recht angenommen werden, der Forderung einredeweise die Gegenforderung entgegenzuhalten.

In derselben Weise steht es in dem Willen der Parteien, ob einer bestimmten Forderung gegenüber auf Kompensationsbefugnis verzichtet wird, oder ob überhaupt die eine Partei ihre Forderung nicht zur Aufrechnung bringen will. Ja es können die Parteien sogar unter sich ausmachen, dass sie gegenseitig nie von Kompensationsbefugnis Gebrauch machen wollen.

[1]) Schunk's Jahrbücher I. Bd. S. 230.

Unter Umständen, sagt Dernburg, und damit kommen wir zur dritten Art des Verzichtes, kann der Verzicht auch stillschweigend geschehen. Inwiefern dies beim Nichtvorbringen der Kompensationseinrede im Prozesse der Fall ist, haben wir bereits gesehen.

Inwiefern und inwieweit dies aus konkludenten Handlungen erfolgt, wird das Folgende zeigen. Zunächst fragt es sich — und das ist wohl der wichtigste Fall —, ob in dem Versprechen baarer Zahlung ein Verzicht auf die Kompensationsbefugnis gefunden werden kann. Dernburg behandelt folgenden Fall, den der französische Jurist Merlin im „Répertoire“ mot compensation § 2 XI mitteilt:

Der Amtsdiener Domez schuldete dem Kaufmann Peter Pluchard in Valenciennes 140 fl. Eines Tages hörte er, dass Domez aus einer Versteigerung 600 fl. in der Kasse habe, er begibt sich zu ihm und bittet ihn auf's dringendste, diese Summe einem Freunde, der in grosser Not sei, zu leihen; er gibt ihm dabei das Ehrenwort, ihm jene Summe binnen 24 Stunden zu ersetzen. Nach langem Zögern gibt Domez nach. Anderen Tages von Pluchard Rückzahlung fordernd, wird ihm Kompensation in Höhe von 140 fl. entgegengehalten. Diese wurde vom Gericht verworfen, aber aus falschem Grunde; denn nicht war sie unzulässig, weil, wie das flandrische Gericht annahm, ein Leihevertrag vorlag, sondern weil in dem Versprechen der Rückzahlung ein Verzicht auf Kompensationsbefugnis zu sehen war.

In diesem Falle nimmt mithin das französische Recht Verzicht wegen des Versprechens baarer Zahlung an.

In § 996 sagt das sächsische Gesetzbuch: „Das Versprechen baarer Zahlung enthält einen Verzicht auf

das Recht, Forderungen, welche zur Zeit des Versprechens vorhanden und dem Versprechenden bekannt waren, aufzurechnen.“ Hiermit übereinstimmend heisst es in Seufferts Archiv IX n. 146 als Entscheidungsgrund des O.-A.-G. zu Jena: „Ein Debitor, welcher sich ausdrücklich verpflichtet hat, die gewirkte Schuld zu bezahlen, kann, wenn er auf baare Zahlung derselben belangt wird, mit der Einrede der Kompensation nicht gehört werden.“

Dagegen bestimmt das preussische Landrecht I. Abschn. 16 § 373: „Ein blosses auch eidliches Versprechen, baare Zahlung zu leisten, ist für eine Entsagung noch nicht zu achten.“

Das preussische Landrecht gibt damit zu, dass es im einzelnen Falle quaestio facti ist, ob in dem Versprechen baarer Zahlung Verzicht auf Kompensationsrecht liege. Bedenklich nennen die Motive l. c. es, Interpretationsregeln darüber aufzustellen, wann ein stillschweigender Verzicht anzunehmen sei.

Es erscheint wohl die Behauptung nicht gewagt, dass in dem Versprechen baarer Zahlung ein Verzicht dann liege, wenn, wie das sächsische Gesetzbuch sagt, die Gegenforderung existiert und dem Versprechenden bekannt ist, dass dagegen das preussische Landrecht den Verzicht in dem Versprechen baarer Zahlung nicht sieht, wenn eines dieser Momente fehle.

Wenn nun schon nicht in jedem Versprechen baarer Zahlung Verzicht auf die Kompensationsbefugnis liegt, so ist auf keinen Fall ein solcher anzunehmen in dem Versprechen, in kurzem die Schuld berichtigen zu wollen; denn über die Art der Berichtigung ist ja hier nichts gesagt. So Seufferts Archiv IV S. 214 „Die Zusage, in kurzem alles zu berichtigen, was der Zusagende nach

dem von ihm aufgestellten Dokumente zu vertreten habe, enthält keineswegs das Versprechen der baaren Zahlung, sondern nur das eines baldigen Richtigmachens d. h. eines rechtsgültigen Tilgens der in Frage stehenden Schuldpost, wodurch das Berechnen und Tilgen mittels Kompensation nicht ausgeschlossen wird, daher sogar ein eidliches Zahlungsversprechen, wenn es auf baare Zahlung nicht ausdrücklich gerichtet ist, die Kompensationsbefugnis mit in sich begreift.“

Nach dieser Ausführung liegt also stets in dem Versprechen der baaren Zahlung ein Verzicht auf die Kompensationsbefugnis, nicht aber in dem Versprechen, überhaupt die Schuld zu bezahlen.

Einen Fall stillschweigenden Verzichtes finden wir ferner in Seufferts Archiv XV. S. 216.

„Wenn sich ein Kaufmann ausbedingt, dass ihm gegen Lieferung der Ware ein Dreimonatsaccept über den Fakturapreis behändigt werde, so liegt darin, falls er mit dem Käufer anderweitig in Kontokurrent steht, die ausdrückliche Willenserklärung, er wolle das vorliegende Geschäft von den übrigen abgesondert behandelt wissen. Durch bedungene Barzahlung würde diese Absicht vollkommen an den Tag gelegt sein; dasselbe muss jedoch auch bei der Zahlung mittels Acceptes angenommen werden, indem diese der Barzahlung ausserordentlich nahekommt, da der Empfänger des Acceptes durch sofortige Weiterbegebung sich in den Besitz der Geldsumme zu setzen vermag und dem Acceptanten die Möglichkeit einer Kompensation gegen den spätern Inhaber des Wechsels abgeschnitten ist. Es musste daher den Gründen zum ersten Urteil darin vollkommen beigepflichtet werden, dass in einer Stipulation wie der

vorliegenden, ein Ausschluss sonstiger Zahlungsweisen, insbesondere der Kompensation enthalten sei.“

Ebenso finden wir in den Entscheidungen des Reichs-Ober-Handelsgerichtes Bd. V. S. 156 die Lehre vertreten, dass in dem Versprechen baarer Zahlung Verzicht auf Kompensationsbefugnis gefunden werden müsse.

In Bd. IV. S. 37 derselben Entscheidungen wird bestimmt, dass in dem Versprechen der Zahlung zu einem bestimmten Zweck ein Verzicht auf die Kompensationsbefugnis liegen solle.

Eine weitere Art stillschweigenden Verzichtes enthält die Verabredung, mit einer Forderung gerade auf eine bestimmte andere kompensieren zu wollen. In diesem Sinne entschied das römische Recht in l. 13 D. h. t.:

„Quod Labeo ait, non est sine ratione, ut, si cui petitioni specialiter destinata est compensatio, in ceteris non obiciatur.“

Das französische Recht nimmt stillschweigenden Verzicht an, wenn der eine oder andere Teil sich anstandslos auf Cession seiner Forderung eingelassen hat cf. art. 1295 l. c.

„Le débiteur qui a accepté purement et simplement la cession qu'un créancier a faite de ses droits à un tiers ne peut plus opposer au cessionnaire la compensation qu'il eût pu avant l'acceptation opposer au cédant.“

Nach gemeinem Recht ist es Regel, dass der debitor cessus gegen den Cessionar mit Forderungen an den Cedenten kompensieren darf, sofern ihm diese Kompensationsbefugnis vor der Denuntiation zustand und, wenn die cedierte Forderung fällig ist, bei der Cession die Forderungen ebenfalls fällig waren cf. Krug Kompensation S. 170, Dernburg l. c. 406, Seufferts Archiv II. 279, VI. 177, XII. 18, XIII. 91, XIV. 22.

Durch die Denuntiation wird aber die Befugnis des debitor cessus ausgeschlossen, den Cedenten zu befriedigen, also auch die Befugnis desselben gegen den Cessionar mit später entstandenen Forderungen an den Cedenten zu kompensieren.[1])

Gültig verzichten kann der Schuldner nur auf Kompensation mit einer Gegenforderung, die wirklich am Tage der Cession kompensabel war. War sie noch nicht fällig, so war sie nicht kompensabel; denn es heisst in l. 7 pr. h. t.: „Quod in diem debetur, non compensabitur, antequam dies venit, quamquam dari oporteat.“

Stillschweigender Verzicht ist demnach nicht anzunehmen, wenn der cessus die Denuntiation ohne Widerspruch hinnimmt. Anders aber dürfte es sein, wenn er selbst bei der Cession mitgewirkt hat, ohne seiner Gegenforderung zu gedenken; in diesem Falle muss als seine Absicht angenommen werden, die Forderung als nicht mit der Einrede der Kompensationsbefugnis behaftet auf den Cessionar übergehen zu lassen. In diesem Sinne ist auch der art. 1295 Code c. mit dem gemeinen Recht vereinbar.

Ist darauf verzichtet, eine Forderung einer bestimmten Gegenforderung gegenüber in Aufrechnung zu bringen, so bleibt sie andern gegenüber gleichwohl kompensabel, wurde dagegen überhaupt auf ihre Kompen-

---

[1]) Nach art. 406 des neuen bürgerlichen Gesetzbuches kann der Schuldner eine ihm gegen den bisherigen Gläubiger zustehende Forderung auch dem neuen Gläubiger gegenüber aufrechnen, es sei denn, dass er die Forderung erworben hat, nachdem er von der Abtretung Kenntnis erlangte, oder dass die Forderung erst nach der Erlangung der Kenntnis und später als die abgetretene Forderung fällig geworden ist.

sation verzichtet, so kann sie nur selbständig eingefordert werden.

Am einfachsten liegt nun der Fall, wenn vor oder bei dem Entstehen der kompensabeln Forderung auf die Kompensationsbefugnis verzichtet wird. Es bleibt dann die eine Forderung neben der andern stehen, ohne mit einem Einrederecht versehen zu sein.

Ist die eine verzinslich oder sind es beide, so bleiben sie es; denn aus l. 11 D. h. t. „Cum alter alteri pecuniam sine usuris, alter usurariam debet, constitutum est a divo Severo concurrentis apud utrumque quantitatis usuras non esse praestandas" folgt umgekehrt, dass bei dem Verzicht, welcher ja die Wirkungen des concurrere verhindern soll, die Forderungen ihre Eigenschaften behalten.

Wie nun, wenn erst nach der Koexistenz von Forderung und Gegenforderung verzichtet wird?

Hauptwirkung eines solchen Verzichtes ist natürlich, wie in den bereits erwähnten Fällen, die Unmöglichkeit, fernerhin die Kompensationseinrede geltend zu machen.

Wird hierdurch auch auf die Wirkungen verzichtet, die durch das Konkurrieren von Forderung und Gegenforderung entstanden sind, d. h. wirkt der Verzicht ex tunc?

Crome behauptet die rückwirkende Kraft des Verzichtes S. 366 l. c. Windscheid, welcher in früheren Auflagen behauptete, dass durch die Nichtgeltendmachung der Compensationseinrede die bis dahin vorhanden gewesene Hemmung der Forderungsrechte rückwärts wieder aufgehoben werde, bekennt sich in der sechsten Auflage zu der Ansicht, dass dies wohl keine unumstössliche Wahrheit sei, indem er sagt, die Kategorie der Rück-

wirkung sei zu vermeiden, wo immer es angehe. Eisele § 23 l. c., welcher eine Afficierung bestreitet, hält die Sistierung des Zinsenlaufes für ein Erfordernis der Billigkeit. Wirkung legt er derselben jedoch nur bei, wenn thatsächlich Kompensation zustande kommt. Nach ihm würde der Verzicht mithin insofern ex tunc wirken, als eine Sistierung des Zinsenlaufes als nicht geschehen angesehen werden müsste.

Aus folgendem Grunde dürfte wohl eine Rückwirkung für das römische Recht ausgeschlossen sein. Nehmen wir den Fall, dass eine oder beide Forderungen verzinst sind. Laut positiver Bestimmung wird die Zinsobligation durch das Koncurrieren der kompensabeln Forderungen aufgehoben. Die Parteien können durch den Verzicht nun zwar den früheren Charakter der Forderungen wiederherstellen, nicht aber die untergegangene Obligation auf Zahlung der vom Zeitpunkte der Kompensabilität bis zu dem des Verzichtes gelaufenen Zinsen in's Leben rufen, denn „in perpetuum sublata obligatio restitui non potest."

Es hat daher trotz des Widerspruches Crome's Laurent „Principes" Bd. 18 n. 461 Recht mit der Behauptung, dass der Verzicht nicht für die Vergangenheit wirken könne, da es nicht von dem Willen der Parteien abhänge, d'anéantir un fait. Oder ist etwa das Erlöschen der Zinsen infolge der Kompensabilität kein factum?

Eine weitere Wirkung des Verzichtes ist der Verlust der condictio indebiti. Nach § 1 l. 10 D. h. t. kann derjenige mit der condictio indebiti das Gezahlte zurückfordern, welcher compensare potens solverit. Diese con-

dictio ist eine Folge der Kompensabilität, daher „compensare potens".[1])

Ausgeschlossen wird dieselbe durch den Verzicht; denn es sagt Ulpian l. 30 de cond. XII,6:

„Qui invicem creditor idemque debitor est, in his casibus, in quibus compensatio locum non habet, si solvit, non habet condictionem veluti indebiti soluti sed sui crediti petitonem."

Nicht stets hat jedoch der Verzicht seine volle Wirkung. Seine Wirksamkeit findet ihre Grenze in der Bestimmung, dass er nicht das Recht eines Dritten verletzen darf. Ein solcher Dritter ist der Bürge.

Wie wir überhaupt über den Verzicht auf Kompensationsbefugnis mehr Material in dem neuern Rechte finden, so ist es auch in diesem Punkte der Fall.

§ 374 des preussischen Landrechtes lautet: „Zum Nachteile des Bürgen ist eine nach übernommener Bürgschaft geschehene Entsagung des Hauptschuldners ohne Wirkung.

Hieraus kann man den Schluss ziehen, der Schuldner könne für seine Person zwar verzichten, dem Bürgen schade ein solcher Verzicht in seinem Rechte keineswegs. Will er die Gegenforderung des Hauptschuldners zur Kompensation bringen, so kann ihm nicht der Gläubiger die Replik des Verzichtes entgegenhalten.

Anders ist es natürlich, wenn vor übernommener Bürgschaft verzichtet wurde. In diesem Falle steht im Augenblicke der Bürgschaftsübernahme dem Schuldner die Kompensationsbefugnis nicht zu, und somit kann der Bürge sie auch nicht erwerben.

[1]) Die cond. indebiti muss eine Folge der Kompensabilität, nicht die einer bereits erfolgten Affektion der Forderungen sein, da sonst Ulpian nicht sagen könnte: „si quis compensare potens . . " cf. Eisele l. c. S. 260.

Eine weitere Frage ist die nach der Wirksamkeit des Verzichtes bei eintretendem Konkurse?

Dernburg sagt, der Verzicht sei nur gemeint unter der Voraussetzung wechselseitiger Zahlungsfähigkeit und er verliere seine Wirkung, wenn diese Voraussetzung wegfalle. Diese Ansicht dürfte man wohl als einen Ausfluss der Clausula rebus sic stantibus bezeichnen; diese Regel ist im gemeinen Recht verworfen, und wenn Dernburg sagen kann, es verliere der Verzicht seine Wirkung bei eintretendem Konkurse, so muss er wohl nur das Gebiet des preussische Landrechtes im Auge gehabt haben. In diesem ist allerdings die clausula rebus sic stantibus beschränkt anerkannt.

Dem sächsischen und französischen Rechte ist sie überhaupt fremd; im österreichischen Gesetzbuch findet sie sich § 936 in folgender Weise angedeutet: „Die Verabredung, künftig einen Vertrag schliessen zu wollen, ist nur dann verbindlich, wenn sowohl die Zeit der Abschliessung als die wesentlichen Stücke des Vertrages bestimmt und die Umstände nicht inzwischen dergestalt verändert worden sind, dass dadurch der ausdrückliche bestimmte oder aus den Umständen hervorleuchtende Zweck vereitelt oder das Zutrauen des einen oder anderen Teiles vereitelt wird."

Wie sich das preussische Landrecht zu der clausula rebus sic stantibus stellt, lesen wir in Foersters Privatrecht, Band I, S. 529, in welchem gesagt wird, dass veränderte Umstände nur dann zur Verweigerung der Erfüllung berechtigen, wenn diese Umstände unvorhergesehen eintraten, wenn bei ihrem Eintritt noch nicht erfüllt ist, aber auch noch nicht hätte erfüllt werden können. Aus § 378 1. Teil. 5. Tit. des preussischen Landrechtes ergibt sich, dass Dernburg in der Allge-

meinheit auch für das preussische Landrecht unrichtig urteilt; denn es heisst, jeder könne von dem noch nicht erfüllten Vertrage zurücktreten. Hat ein Teil, statt zu kompensieren gezahlt, so müsste er nach Dernburg abgesonderte Befriedigung im Konkurse verlangen können. Es liegt jedoch in den Worten des Gesetzes, dass dem nicht so ist.

Ausdrücklich erkennt die Wirksamkeit des Verzichtes bei eintretendem Konkurse die Entscheidung des R. O. H. G. Bd. 5 Nr. 34 an, indem sie ein Erkenntnis des Rostocker Obergerichtes verwirft mit dem Bemerken, es sei eine ganz willkürlich unbewiesene Behauptung, der Verzicht auf Kompensation scheine im Zweifel nur für den Fall wechselseitiger Zahlungsfähigkeit beabsichtigt, diese Behauptung laufe hinaus auf eine Vermutung für eine sehr erhebliche Beschränkung eines seinem Wortlaute nach unbeschränkten Verzichtes und und entbehre jeden Anhaltes im positiven Recht.